

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 2

# Las denominadas "obras adicionales" o "extraordinarias" en los proyectos de infraestructura privada a suma alzada: una importante distinción

**"...Creemos que la distinción entre precio por obras adicionales e indemnización de perjuicios constructivos es importante no solo desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista económico, pues una cosa es valorizar y probar precios de obras nuevas ejecutadas por el contratista y otra, muy distinta, valorizar y probar perjuicios sufridos por el patrimonio del contratista..."**

Miércoles, 18 de enero de 2023 a las 11:20



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**Pedro Zelaya**

Para introducir el tema, y como ejemplo o hipótesis de trabajo, cabe pensar que durante la ejecución de un contrato de obra complejo —o una vez terminadas las labores objeto del mismo—, máxime si se ha pactado a suma alzada, donde el precio y las cubriciones del proyecto se entienden inamovibles, el contratista decida reclamar o demandar a su "mandante" o dueño de las obras porque este no le ha reconocido ni pagado el precio de obras y trabajos que el contratista considera ser adicionales o extraordinarias y, además, porque tampoco le ha reconocido ni pagado los mayores costos, gastos generales y pérdidas surgidos con ocasión de la ejecución de dichas labores extraordinarias, pues, por regla general, su ejecución causa importantes distorsiones o desajustes al programa de obras (aceleraciones, aumentos de plazos intermedios o del plazo total del contrato, etc).

En general, en este tipo de contratos se entiende por "obras adicionales" o "extraordinarias" aquella que se incorporan o agregan al "proyecto" y cuyas características son diferentes a las especificadas o a las contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato. Sin embargo, y para efectos de estas consideraciones, también se pueden considerar como "obras extraordinarias": (i) los aumentos de las cantidades de obras previstas en los proyectos originales; (ii) la modificación de las obras objeto del contrato original (también

denominadas "modificaciones de los proyectos") y (iii) el empleo de materiales, maquinarias y recursos técnicos no contemplados en el contrato original.

Asimismo, se entiende por "proyectos" el conjunto de bases administrativas, bases técnicas, especificaciones técnicas, planos generales, de detalle y de especialidad, presupuestos y/o cantidades de obras, oficiales, que entrega el mandante al contratista para ejecutar una obra, elaborados por el primero o por terceros.

Frente al ejemplo propuesto en el párrafo primero, cabría preguntarse: ¿a qué título jurídico podría el contratista reclamar la compensación o el pago de los distintos "items" o "partidas" señaladas en el mismo ejemplo?

Como primera opción, cabría pensar que el contratista valorice, reclame o demande, por una parte, (i) el pago del o de los precios debidos por la ejecución de esas obras que él considera "adicionales" o "extraordinarias", no reconocidas ni pagadas por su mandante (arts. 1996 y 1942 CC), y, además, (ii) todos los daños y perjuicios sufridos o experimentados en su patrimonio con ocasión de la ejecución de dichas obras extraordinarias (v.gr. los mayores gastos generales por extensión de plazos, los mayores costos por aceleraciones, pérdidas de rendimiento por la existencia canchas limitadas, etc.) Por otro lado, y como segunda opción, el contratista —o, mejor dicho, sus abogados— podrían entender que conviene valorizar y demandar la compensación de todas las partidas antes señaladas pero a título de indemnización de perjuicios contractuales (arts. 1999 y 1547 y siguientes CC), imputando al mandante el incumplimiento de una o más obligaciones expresa o tácitamente pactadas en el contrato, que le han causado todos los perjuicios que reclama (v.gr. mayores costos directos, más costos indirectos, mayores gastos generales, pérdidas de rendimiento, pérdidas de ingreso y pérdidas de utilidad).

Sin embargo, frente a la primera opción, cabe pensar que el mandante o dueño de obra podría contestar —si no lo ha hecho ya, frente a las solicitudes de compensación presentadas por su contratista—, negando la existencia de esas supuestas obras adicionales o labores extraordinarias, alegando que lo ejecutado por el contratista son —o fueron— simples labores de ajuste de proyectos al terreno físico, meras adaptaciones o adecuaciones de los proyectos a la realidad existente, o bien, que esos mayores costos, gastos y pérdidas fueron la lamentable consecuencia de hechos no imputables al propietario sino a circunstancia que pueden calificar como fuerza mayor o caso fortuito o hecho de terceros. Además, y en subsidio, el mandante podría también defenderse alegando que, en caso de que se entienda que existieron "obras extraordinarias", no existió ni ha existido nunca un acuerdo respecto del precio de las mismas, de manera que no existe contrato a este respecto por falta de consentimiento, elemento de la esencia de todo contrato de obra.

No obstante lo anterior, esta primera opción tendría ciertas "ventajas" para el contratista, como, por ejemplo, (i) el pago del precio por obras adicionales debidamente ejecutadas es, para el mandante, una obligación de resultado y su incumplimiento otorga al contratista una acción de cumplimiento forzado, más la indemnización de los demás perjuicios que la ejecución de dichas obras causaron al contratista; (ii) la forma de calcular o determinar el monto de todo precio no es difícil de realizar, pues cualquier perito en esta industria sabe que todo precio tiene las siguientes partidas o elementos esenciales, a saber, los costos directos (aquellos que están vinculados a la construcción de la parte más física de las obras, como son el costo de los materiales, la maquinaria y la mano de obra); los costos o gastos indirectos (v.gr. el precio de los seguros, el costo de las boletas de garantías exigidas para la ejecución de las obras); los gastos generales o costos que no se pueden imputar a una

actividad específica y se prorratean en las diferentes partidas (v.gr. la oficina central, los sueldos del ingeniero jefe, de la secretaria, del personal administrativo, los consumos, enseres y herramientas, los artículos de aseo y escritorio, etc.); los imprevistos y, por último, la legítima utilidad o remuneración que espera recibir el constructor por la ejecución de las obras; (iii) así también, para algunos letrados, al constituir la obligación de pago del precio una obligación de resultado y el mandante no puede eximirse probando su diligencia o cuidado o el hecho de terceros, de manera que su cuantía es importante de considerar, en cambio, el pago de una indemnización contractual pasa por la prueba de clásicos requisitos de toda responsabilidad contractual.

Por su lado, y en relación con la segunda opción, la acción contractual de perjuicios constructivos tiene la ventaja de que el contratista no debe probar que las obras y trabajos realizados —junto a sus costos y gastos asociados— tienen el carácter de "obras adicionales", sabiendo que, muchas veces, es bastante difícil saber (y probar) cuándo hay reales cambios de proyectos y cuándo solo hay labores que no alcanzan a constituir obras extraordinarias pues estaban previstas en el objeto del contrato o bien, el riesgo de esos mayores costos y gastos había sido asumido por el contratista en el contrato.

Como se advierte, la opción de reclamar, por un lado, el pago del "precio" o "precios" por las denominadas "obras adicionales" y, por otro, la opción de reclamar todo a través de una acción indemnizatoria integral por "todos daños constructivos" son alternativas bastante distintas, donde los derechos y acciones a entablar por el contratista tienen una naturaleza y un régimen jurídico propio.

Así, por ejemplo, (i) el precio podría ser económicamente "más alto" que los perjuicios constructivos, pues el primero comprende más elementos o partidas que estos últimos; (ii) el pago del precio se reclama a través de una acción de cumplimiento forzado de una obligación contractual de dar o pagar una suma de dinero, en cambio, la indemnización de perjuicios se reclama a través de una acción de incumplimiento culpable de supuestas obligaciones contractuales; (iii) para reclamar el pago del precio insoluto es necesario acreditar que se ejecutaron obras "adicionales" o "extraordinarias", en cambio, en la acción de indemnización de perjuicios solo se deben acreditar los daños patrimoniales sufridos por el contratista (muchas veces, como daño emergente); (iv) todo precio tiene incorporado, como elemento de su esencia, una legítima utilidad (la utilidad o remuneración por el trabajo del contratista), en cambio, reclamar esa utilidad a título de lucro cesante se enfrenta con el problema de su incertidumbre y de la prueba de su real existencia; (v) si hay obras que califican como "adicionales" o "extraordinarias" y se demanda el pago de su precio, para algunos no sería necesario acreditar la culpa del mandante sino solo la existencia de esas "obras nuevas", pues de ahí surge "automáticamente" la obligación de pagar su precio, aunque este no esté acordado, ya que se puede acudir a la presunción de acuerdo sobre el precio prevista en el art. 1997 CC, en cambio, si el contratista reclama a título de indemnización de perjuicios, deberá probar la existencia de cada una de las obligaciones cuyo incumplimiento o retraso imputa a su mandante y, además, deberá acreditar cada uno de las partidas del daño emergente que reclama; (vi) por último, al reclamar el precio por obras extraordinarias, el contratista no necesita probar que daño patrimonial ni, como dijimos, culpa o negligencia del mandante, en cambio, cuando se reclama compensación a título de indemnización de perjuicios el propietario podría alegar que los daños reclamados por el contratista no le son imputables, ya sea porque no existe la obligación pretendidamente incumplida o bien, porque dichos daños son consecuencias de imprevistos ajenos a su control (fuerza mayor, hechos de terceros, etc.).

De esta forma, creemos que la distinción antes mencionada —entre precio por obras adicionales e indemnización de perjuicios constructivos— es importante no solo desde un punto de vista jurídico (para determinar qué acciones legales seguir, cuál es su régimen jurídico y cómo interponerlas), sino también desde un punto de vista económico, pues una cosa es valorizar y probar precios de obras nuevas ejecutadas por el contratista y otra, muy distinta, valorizar y probar perjuicios sufridos por el patrimonio del contratista.

\* Pedro Zelaya Etcheagaray es doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile y socio de Larrain y Asociados Abogados.

## 0 Comentarios

 **Pedro Etcheagaray** ▼



Sé el primero en comentar...

Share

Mejores **Más nuevos** Más antiguos

Sé el primero en comentar.

Suscríbete

Privacy

Do Not Sell My Data

---

# EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online